

BERNÍ Y CATALÁ, EL DERECHO COMÚN Y LAS UNIVERSIDADES

Sumario: 1. Berní y el derecho real.—a. El derecho real.—b. La doctrina.—c. El derecho romano.—2. Berní y los abogados.

El jurisconsulto valenciano José Berní y Catalá ha sido considerado como uno de los más relevantes juristas del siglo XVIII¹. Doctorado en Leyes por la universidad de Gandía el 30 de junio de 1731, se recibió como abogado en la audiencia de Valencia el 2 de septiembre de 1735, después de los cuatro años de pasantía de rigor². A partir de este momento compaginaría la abogacía con sus publicaciones históricas y jurídicas. A nadie se le escapa que el propósito capital de la obra de Berní es la divulgación del Derecho real castellano, así como la depuración en su conocimiento, y la defensa de su alegación y afianzamiento en los tribunales. Todo ello orientado, especialmente, a la labor que los jueces y, sobre todo, los abogados desarrollaban en el foro. Lo que tenía notable importancia en el reino de Valencia, cuyo Derecho foral había sido recientemente sustituido en su casi totalidad por el castellano³. A lo largo de las siguientes páginas intentaré

¹ Véase una relación detallada de sus obras en V. Castañeda, «El Dr. D. José Berní y Catalá, jurisconsulto valenciano», *Revista de ciencias jurídicas y sociales* 1 (1918), 187-235, 353-437 y 548-596, y 2 (1919), 101-144. Véase también P. Nácher Hernández, *El Doctor José Berní Catalá, su vida y su obra*, Valencia, 1961, y F. de P. Momblanch y Gonzálbez, *Cien abogados ilustres del colegio de Valencia*, Valencia, 1961, pp. 21-27.

² Archivo del Reino de Valencia (en adelante ARV), *Real Acuerdo*, libro 30, folios 35 y 39v.

³ Existe abundante bibliografía sobre los decretos de Nueva Planta y la implantación del Derecho castellano. A título de ejemplo M. Peset Reig, «Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho Español* 42 (1972), 658-715, y «Apuntes sobre la abolición de los Fueros y la Nueva Planta valenciana», *Primer Congreso de Historia del País Valenciano*, 4 vols., 1976, III, pp. 525-536; así como P. Marzal Rodrí-

acercarme a la obra de Berní, a sus comentarios sobre los viejos códigos castellanos y a su crítica respecto a las obras que sobre ellos se habían escrito, con la finalidad de censurar la deficiencia e indecisión con que este derecho se apreciaba en los tribunales.

El otro núcleo de su obra, estrechamente ligado al anterior, es el interés y la preocupación que muestra por el mundo de la abogacía; la formación de los letrados, sus privilegios y su método de trabajo⁴. De ello nos ocuparemos en la segunda parte de este estudio. Dejo para otro momento el análisis de su obra —más breve— histórico-literaria⁵.

1. *Berní y el Derecho real*

Dentro de la amplia labor de Berní y Catalá como jurista práctico —que en esencia era— destaca la atención que presta a la doctrina de los autores y al Derecho civil de los romanos, como posibles y discutidos derechos complementarios y, a lo sumo, supletorios del Derecho real, cuestión muy debatida por la doctrina desde siglos atrás.

a) El Derecho real

La primacía del Derecho real frente a los otros tipos de derecho es defendida por Berní claramente desde su primera obra, *El abogado instruido en la práctica civil de España*, de 1738. Postura en la

guez, «Introducción del Derecho castellano en el reino de Valencia: la instrucción de 7 de septiembre de 1707», *Torrens* 7 (1991-1993), 247-264.

⁴ En este campo destacan sus obras *El Abogado instruido en la práctica civil de España*, Valencia, 1738; *El abogado penitente y el pleyto más importante*, Valencia, 1747; *Resumen de los privilegios, gracias y prerrogativas de los abogados españoles*, Valencia, 1764; *Carta que el Dr. Don Joseph Berní y Catalá escribe a sus passantes*, Valencia, 1772; o *Disertación sobre la llave de la Jurisprudencia española, que escribe a sus pasantes el doctor D. Josep Berní y Catalá, abogado de los Reales Consejos*, Valencia, 1774.

⁵ En donde destacan trabajos como *Creación, antigüedad y privilegios de los Títulos de España*, Valencia, 1769, o *Carta que escribe el Dr. D. Joseph Berní y Catalá, abogado de los reales consejos, al erudito Dr. D. Gregorio Mayans y Sísacar, del Consejo del Rey nuestro señor y alcalde honorario de su real casa y corte, implorando sus doctas advertencias para la mayor defensa del soberano rey godó Witiza*, Valencia, 1773.

que insiste en todos sus trabajos posteriores. Opinaba, en pocas palabras, que todo abogado debía atenerse sólo al Derecho real, pues el romano se hallaba prohibido en España y la doctrina carecía de valor. Pero el estudio de su obra nos muestra que este parecer, fundado en la tradición legal española⁶, no podía reducirse a la simplicidad de estos enunciados. Más bien, nos encontramos ante un tema muy discutido por los autores, como así reconocía el propio Berní, al manifestar que «si alguna vez he temido a hablar con menos acierto, es ésta»⁷. Lo que indica que él mismo era consciente de que sus opiniones no eran tan apreciadas, y menos en el foro, pues muchos interpretaban la prelación de derechos de distinta manera. Similar idea apuntaba De Castro cuando decía que «por más que este orden sea claro, aun no está sin confusión en nuestros autores»⁸. En algunos momentos, incluso, parece que Berní hace ciertas concesiones o, al menos, nos hace pensar que sus posiciones no eran tan firmes como pretendía, pues no podía olvidar la práctica de los tribunales, que, indudablemente, condicionaría toda su obra. De estas opiniones resultaría la escasa aceptación que *El abogado instruido en la práctica civil* tuvo en su momento, con significativas reprobaciones de Mayans y Císcar y de José Nebot y Sanz⁹.

⁶ En *Nueva Recopilación* 2, 1, 3, se insistía en la prelación de fuentes establecida ya en la ley primera del título XXVIII del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, y reiterada en la primera de las 83 *Leyes de Toro*, según la cual en la determinación de los pleitos se aplicaría en primer lugar el Derecho real, en su defecto los fueros municipales, y en defecto de éstos *Partidas*. Prelación que reitera el auto acordado 2, 1, 1, de 4 de diciembre de 1713.

⁷ J. Berní y Catalá, *El abogado instruido...*, lib. I, cap. IV, pár. I.

⁸ J. F. de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, 3 vols., Madrid, 1765-1770, I, p. 141. En concreto, citaba a Antonio Gómez, que antepone *Partidas* a *Fuero Real*.

⁹ Según consta en carta remitida a Gregorio Mayans el 22 de junio de 1740. Véase en G. Mayans y Siscar, *Epistolario IV. Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*, transcripción, notas y estudio preliminar de M. Peset Reig, Valencia, 1975, p. 143. No parece que las producciones de Berní fueran de consulta habitual entre los abogados de la época. Al menos la presencia en sus bibliotecas es escasa. Véase G. Lamarca Langa, *Libros y bibliotecas. Para una sociología de la cultura. Valencia 1740-1808*, 2 vols., tesis doctoral inédita, Universitat de València, 1990, II.

De hecho, tan sólo se reimprimió en una ocasión, en 1763. Por contra, en aquel momento alcanzó mayor éxito la *Instituta civil y real*, de 1745, en la que casos prácticos, elaborados según las leyes reales españolas, se sistematizaban conforme a las rúbricas de las Instituciones de Justiniano.

Como estudioso del Derecho real castellano, la atención de Berní se centra fundamentalmente en los dos cuerpos legales esenciales de este ordenamiento: *Nueva Recopilación* y, especialmente, *Partidas*. A la primera la veía como «un establecimiento de feliz monarquía»; a la segunda como «el más sabio cuerpo de leyes humanas del mundo»¹⁰. Es más, de algunos pasajes de sus obras se entrevé una consideración de *Partidas* como Derecho real aplicable en primer término, al igual que la *Nueva Recopilación* y autos acordados, aunque después de éstos y antes del *Ordenamiento Real*. Es decir, que en cierta manera rehusaba la condición de *Partidas* como Derecho supletorio de segundo grado, en defecto de toda la legislación real y los fueros municipales, tal y como prescribía la *Recopilación*, que tan al pie de la letra seguía en otros pasajes. Parecer que, como digo, encontramos repetido en varias de sus obras¹¹. Así pues, sobre *Partidas* hacía primar su aprobación real a lo que las propias leyes decían respecto a su lugar en la jerarquía de derechos. Lo mismo ocurría con el *Fuero Real* y el *Fuero Juzgo*, que por su aprobación

¹⁰ J. Berní y Catalá, *Carta de advertencias que escribe el Dr. D. Joseph Berní y Catalá a los eruditos DD. Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez sobre el Fuero Viejo de Castilla*, Valencia, 1771, p. 2.

¹¹ Por lo tanto, en primer lugar se aplicaría *Nueva Recopilación* con sus autos acordados, *Siete Partidas*, *Fuero Real*, *Ordenamiento Real*, *Leyes de Toro* y *Leyes de Estilo*. Véase *El abogado instruido...*, capítulos II, IV y V del libro I. En la relación que aparece en *El abogado penitente...*, p. 4, Berní omite las *Leyes de Toro* y añade el *Fuero Juzgo* y el *Real Consejo de Mesta*. En *Apuntamientos sobre las leyes de Partida, al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, 3 vols., Valencia, 1759, I, 1, 1, 4, p. 7, omite de nuevo las *Leyes de Toro*, citando el *Fuero Juzgo* pero no el *Real Consejo de Mesta*. Lo mismo que en *Carta que el Dr. Don Joseph escribe...*, p. 9. En total, según esta última obra, el Derecho castellano se componía de 8.679 leyes. En cuanto a la posible preferencia de *Partidas* sobre los estatutos y fueros municipales, y el concreto sobre el *Fuero Viejo de Castilla*, véase la argumentación de Berní contra la de Asso y Manuel, en *Carta de advertencias... Fuero Viejo de Castilla*, pp. 8-11.

real debían aplicarse con carácter general y con preferencia a los fueros y estatutos municipales del lugar donde se suscitara el pleito. También con preferencia a las mismas *Leyes de Estilo*. Consideración del Derecho local que coincide en cierto modo con la del práctico Juan y Colom, cuando éste defiende que el *Fuero Real* debe guardarse en defecto de *Recopilación*, pragmáticas y autos del Consejo, pero con preferencia a los fueros, ordenanzas y estatutos municipales. Sobre éstos, y no sobre el *Fuero Real*, es sobre los que debe exigirse la prueba de su uso y su conformidad con la ley de Dios y la razón natural¹².

La insistencia de Berní en *Partidas* es debida, entre otros motivos, a su talante de abogado práctico. Mientras, en la universidad sólo se estudiaba Derecho común, a lo sumo se realizaban concordancias con el real. Por lo tanto, si se quería cumplir con el mandato del rey de que su Derecho fuera el primero en aplicarse, se debía facilitar su conocimiento entre los jueces y abogados. De ahí sus trabajos sobre *Partidas*, que se inician en 1757 con un *Índice de las Leyes de las Siete Partidas*, y continúan el año siguiente con la publicación de una edición del texto de Gregorio López de 1555, junto con Morales y de Castro, si bien limitándose a corregir los vicios ortográficos y de impresión. En 1759 publica sus *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida*, obra en la que ya no se limita a transcribir el texto, sino que lo comenta y establece las oportunas concordancias con la *Nueva Recopilación* y demás disposiciones reales y canónicas, reinterpretando su contenido, dando cabida a la opinión de otros autores, y aclarando qué partes estaban modificadas e, incluso, derogadas por disposiciones posteriores. Con el texto de

¹² Según Juan y Colom, en cuarto lugar se aplicaría *Partidas*, en su defecto las costumbres, en sexto lugar las leyes del *Ordenamiento Real*, *Estilo*, *Fuero Juzgo*, Derecho canónico y romano, y, por último, la opinión de los autores. Véase J. Juan y Colom, *Instrucción de Escribanos en orden a lo judicial*, 2 vols., Madrid, 14.^a edición, 1827, II, pp. 21 ss. Por contra, acusaba a Berní de que no distinguiera el orden a seguir entre *Recopilación*, autos, *Partidas*, *Ordenamiento Real*, *Fuero Real*, *Fuero Juzgo* y *Estilo* (pp. 32 ss.). Es ésta la *Instrucción* contra la que Berní escribió su *Manual de testar, dividir y partir, y discurso contra la instrucción de escribanos de Joseph Juan y Colom*, Valencia, 1739. Juan y Colom se defendería de los ataques de Berní en el prólogo que se incluye en todas las ediciones de la *Instrucción* posteriores a esta fecha.

1758 y su interpretación actualizada de 1759, Berní había conseguido la depuración completa de *Partidas*. Sobre ambas obras publicaría el mismo año 1759 un índice alfabético. Finalmente, en 1767 decide publicar en una misma obra, tanto el texto de *Partidas* de 1555 como las glosas de Gregorio López y los apuntamientos de 1759. Ésta, que según todos los estudiosos de Berní se convertiría en su obra fundamental, se caracterizaba por la finísima actualización y depuración en las citas, así como por sus comentarios tan minuciosos. Lo que bien merecía el año siguiente un nuevo *Índice*.

A la *Nueva Recopilación* también podría haberle dedicado el mismo interés, pues contenía igualmente Derecho real, y tampoco se estudiaba en la universidad. Sin embargo, el contenido esencialmente romanista de *Partidas* hacía de este cuerpo un campo de trabajo más amplio e interesante. Además, no creo que Berní, a pesar de todo, pudiera escapar a la opinión generalizada de que el Derecho romano continuaba siendo de una perfección y altura superior a cualquier derecho nacional. De hecho, tan sólo escribió unos *Apuntamientos sobre las Leyes de Recopilación de Castilla*, en los que comentaba y actualizaba sus normas. Aun así, y por los elevados costes de las ediciones de *Partidas*, sólo se llegó a publicar, en 1760, el primero de los nueve volúmenes de que constaba, quedando los demás inéditos. Quedan, pues, de manifiesto las preferencias de Berní.

Especial atención prestó a *Instituta*. Si bien, partiendo del punto de que el Derecho de Justiniano, por proceder de un soberano extranjero, no era aplicable en España. Consciente de que la formación de los abogados se basaba esencialmente en el Derecho romano, con una ausencia casi total del real, cree oportuno establecer las concordancias y antinomias entre *Instituta* y el Derecho nacional, que era el que los abogados debían alegar ante los tribunales. Al tiempo, les insistía en la injustificada e innecesaria consulta y alegación del Derecho de los romanos. Se trataba de facilitar las cosas a los jueces y letrados, supliendo, en lo posible, la deficiente formación universitaria. De ahí su *Instituta civil y real* de 1745, en la que cada ley se acompañaba con las correspondientes leyes españolas, sobre todo de *Partidas* y *Recopilación*, así como de algunos autores, abundando la expresión «En la práctica es lo mismo».

Berní también muestra interés —tal vez en menor grado— por el Derecho penal. En la primera parte de su *Práctica Criminal* de

1749 comenta para jueces, abogados y escribanos, los delitos más frecuentes, sus penas, agravantes y atenuantes, con relación sucinta de los autores que los han tratado y pormenorizada de las disposiciones reales —nunca Derecho romano— en que se regulan: *Partidas* y *Recopilación*, fundamentalmente.¹³

Hecho este extracto de lo más destacable de la obra de Berní, volvamos a la caracterización de *Partidas* como Derecho real. En el prólogo a sus *Apuntamientos* de 1759, Berní matizaba lo siguiente:

Si la proposición toca en lo temporal, se ha de tener presente el turno de la *Ley 3. Tit. 1, lib. 2. Recop.*, observando la inteligencia de los célebres escritores españoles que principalmente trataron del asunto, y hechas con cuidado y reflexión estas diligencias, hallará el letor si la antigua proposición que lee en las *Partidas* está oy confirmada o derogada o limitada por los respectivos legisladores.

Partidas debía alegarse como Derecho de primer grado —pues era Derecho real—, y no en defecto de éste. Ahora bien, se aplicaría salvando la preferencia de la *Recopilación* y de los autos acordados, y siempre entendiendo sus disposiciones a tenor de las modificaciones que pudieran haber ocasionado leyes reales posteriores, según la interpretación de los autores. No en balde, y en el mismo prólogo, Berní ya decía que

Como estas Leyes de las *Partidas* tienen tanta antigüedad, y los tiempos y experiencias han variado mucho, es consiguiente que se hallen corregidas y derogadas algunas proposiciones; y por esto devemos poner particular cuidado en distinguir los tiempos y saber las limitaciones modernas, correcciones o derogaciones.

Vista su libre interpretación sobre la preferencia de derechos establecida en la misma *Recopilación*, ¿por qué se apartaba de lo prescrito por Su Magestad?, ¿es que las disposiciones reales —la prelación de derechos en este caso— no eran tan claras como Berní

¹³ J. Berní y Catalá, *Práctica criminal, con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan y disminuyen, y ritual para juzgar, acriminar y defender en los tribunales reales de España y en los particulares de residencias*, Valencia, 1749. Puede verse también su segunda edición, de 1765.

pretende hacer ver a lo largo de toda su obra? Sin perjuicio de lo que después digamos, vaya por delante que, de alguna manera, Berní reconoce la importancia que la doctrina tiene en la interpretación de las leyes.

b. La doctrina

Las reflexiones de Berní sobre el papel de la doctrina son constantes. No en balde se trataba del derecho que con mayor profusión se alegaba ante los tribunales. Su postura inicial de no conceder valor alguno a las opiniones de los autores, ni siquiera con carácter interpretativo, chocaba con la rutina de los abogados, como fácilmente se ve si leemos cualquier alegación jurídica de esta época¹⁴. La realidad jurídica del setecientos consideraba que, al margen de la *teoría*, existía una *práctica*. Una cosa eran las disquisiciones eruditas sobre el Derecho romano-canónico, que solían circunscribirse al ámbito humanista y universitario, y otra la realidad de los tribunales¹⁵. Cuando hablamos de la *práctica* nos referimos al Derecho que efectivamente regía o debía regir en el foro: aquella parte del Derecho romano que realmente era observada, el Derecho real, que era el que debía alegarse y aplicarse por los magistrados, y que en ocasiones así se hacía, y, por último, también nos referimos a las normas procesales, administrativas o notariales en uso, incluso a los

¹⁴ C. Tormo Camallonga, *El Colegio de Abogados de Valencia. Del Antiguo Régimen al Liberalismo*, tesis doctoral inédita, Universitat de València, 1998, pp. 457-569, especialmente pp. 502-515. En este estudio demuestro cómo de las citas que aparecen en las alegaciones jurídicas que he estudiado del XVIII, y en base al método de contabilización que he seguido, la aportación de doctrina supera con creces a las otras fuentes jurídicas. En concreto, el 79'62% de citas corresponden a autores, el 14'68% a legislación romano-canónica, el 4'16% a leyes reales, y el 1'55% a sentencias judiciales. Es posible que por referirse todas las alegaciones aquí estudiadas a herencias y sucesiones, materia de Derecho privado, el porcentaje de doctrina sea mayor que en otras materias, especialmente de Derecho público. De cualquier manera, la diferencia es más que considerable.

¹⁵ P. Marzal Rodríguez, «Las *disputationes iuris*: humanismo y controversia», *Actas del Congreso Internacional sobre Gregorio Mayans*, Valencia, 1999, 59-87.

formularios y tratados sobre el estilo de la curia ¹⁶. Además, también se designa como juristas o autores prácticos —pues así les llamaban los humanistas de esta época—, a aquellos comentaristas de obras patrias que establecían sus concordancias con el *Corpus*, con la intención de facilitar la alegación y aplicación de aquéllas en los tribunales. Pues bien, en palabras de Berní:

Ardua empresa parecerá ésta a los Passantes, y mucho más a los Abogados prácticos, que están tan versados en tanta variedad de opiniones como han fabricado los Autores en materia de Derecho; pero confío demostrar mi intento. Ya sé que en la especulativa ay diferentes opiniones en el Derecho, pero yo hablo en la práctica, y digo: *Que en puntos prácticos no ay opinión* ¹⁷.

Era contra los usos de los abogados en los tribunales contra los que se dirigía esta declaración. Porque, efectivamente, en los pleitos sí se veía y —seguramente— se resolvía según la doctrina, de ahí que la podamos incluir en la *práctica*. La razón que esgrimía Berní para no concederle valor alguno era sencilla:

...porque gracias a Dios tenemos las Leyes Reales tan recogidas y puestas en orden, que con poco trabajo se halla Ley terminante

¹⁶ M. Peset Reig en el estudio preliminar a G. Mayans y Siscar, *Epistolario IV...*, pp. XXI-XXVI. Véase también M. Torremocha Hernández, «La Formación de los Letrados en el Antiguo Régimen», *Arqueologia do Estado, Ias jornadas sobre formas de organizaçao e exercicio dos poderes na Europa do Sul, séc. XIII-XVIII*, Lisboa, 1988, pp. 509-536, en concreto p. 515. En palabras de José de Covarrubias, «La práctica, como algunos se persuaden, no es la rutina de lo que hacen frecuentemente los Jueces, Escribanos y demás subalternos de los Tribunales, que obran sin principios, sino la exacta aplicación de las leyes a los casos y circunstancias de las especies que se controvierten, ya sea para averiguar la verdad o evitar que se oscurezca, ya sea, después de averiguada, terminar en definitiva las contiendas de los litigantes, aplicando la ley al hecho que se disputa. La práctica en general abraza la observancia y aplicación de todas las leyes a quantos litigios pueden ofrecerse en los tribunales para su decisión, pero en particular se limita a las leyes que reglan los trámites y formalidades en el orden judicial para la averiguación de la verdad de los hechos que se niegan o ponen en duda entre los litigantes». Véase en *Plan de disertaciones sobre práctica de tribunales, aprobado por la Real academia del Derecho español y público, con el título de Santa Bárbara*, Madrid, 1792.

¹⁷ J. Berní y Catalá, *El abogado instruido...*, lib. 1, cap. V, pár. 1.

para cada cosa: luego es por demás ir a buscar el agua en los charcos de los Autores teniéndola tan a la mano en la pura fuente de las Leyes Reales¹⁸.

Berní era consciente de que, por sus opiniones, «algunos se han mostrado sentidos». De ahí que resaltara que «mis proposiciones las fundo con Reales Decretos»¹⁹, refiriéndose, sobre todo, al auto acordado 2, 1, 1, y a la primera de las *Leyes de Toro (Nueva Recopilación 2, 1, 3)*²⁰. Con esta última disposición se derogaba, además, la ley de Madrid de 1499, en la que se había establecido el orden a seguir de las opiniones de Bártolo y Baldo, Juan Andrés y el abad Panormitano para la decisión de los pleitos²¹. De manera que la prelación volvía a quedar tal qual en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348: Derecho real, fueros municipales y *Partidas*.

En el Derecho castellano no se fundamentaban las sentencias, lo que permitió a los autores defender distintas interpretaciones sobre la preferencia de derechos, al no conocerse a ciencia cierta cuál de ellos o qué norma en concreto había sido la determinante en la resolución del pleito. Además, la redacción de las normas jurídicas no era tan clara como se pretendía, lo que propiciaba diferentes interpretaciones por parte de los autores. Veamos las consideraciones de algunos respecto a la doctrina.

Juan Francisco de Castro, al contrario que Berní, argumentaba en favor de la alegación de autores. Aunque reconocía los excesos a los que se había llegado, no dudaba en manifestar que

Quando hay decisión expresa de ley y su autoridad es conocida, cessando el motivo de grandes controversias, cessa también el recurso a los intérpretes; pero son muy raros estos casos: apenas se decide alguno en la práctica sin el recurso a los doctores. Su autoridad es tan grande, que tiene veces de ley. Apartarnos de la doctrina común de los doctores es apartarnos de la ley misma: y decidir contra esta doctrina, es como decidir contra la ley²².

¹⁸ J. Berní y Catalá, *El abogado instruido...*, lib. 1, cap. IV, pág. 4.

¹⁹ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 12.

²⁰ J. Berní y Catalá, *Apuntamientos...*, I, 1, 1, 12 y 13, p. 9.

²¹ Pérez de la Canal, M. A., «La pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427», *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), 659-668.

²² J. F. de Castro, *Discursos críticos...*, II, p. 24. Véase también en A. García-Gallo, *Antología de fuentes del antiguo Derecho. Manual de Historia del derecho Español*, 2 vols., Madrid, 1982, II, p. 108.

En el mismo sentido se expresaba Juan y Colom quien, a continuación de convenir en que, «habiendo ley terminante sobre la especie que se litiga, debe estarse a lo literal de ella», replicaba expresamente a Berní al no coincidir con él en que hubiera ley fija para cada caso. Opinaba así, que se debía seguir a los autores más convincentes en caso de ley manifiestamente ambigua²³. Lo mismo Castillo de Bovadilla, quien también admitía abiertamente que la doctrina tenía fuerza de ley, y que como tal se debía alegar. Sin embargo, la sentencia judicial dada en contra no era nula²⁴.

Parecidas opiniones se habían sustentado desde tiempo atrás. Francisco Carrasco del Saz estimaba, a principios del siglo anterior, que era bueno que, además de la ley, se aportara la decisión de algún doctor sobre los mismos términos. Pero para evitar posibles excesos, matizaba que debían alegarse solamente aquellas opiniones relacionadas expresamente con el caso, y no cualquier otra general²⁵. Lo cual no era decir gran cosa. Mucho más favorable a la aportación al pleito de doctrina se había mostrado Antonio Gómez a mediados del XVI, quien, interpretando la primera de las *Leyes de Toro*, decía que la doctrina de los autores era fuente tanto indirecta como directa del Derecho español. Indirecta por cuanto los autores —incluso extranjeros— interpretaban el *Ius comune*, que se constituía como derecho supletorio del aplicable en primer grado: Derecho real propiamente dicho, *Partidas* y fueros, conjuntamente. Y fuente directa, aunque supletoria, por cuanto la doctrina se aplicaba, además, en defecto de ley —del reino, canónica o civil de los romanos—, de la costumbre y de la razón natural²⁶. Por

²³ J. Juan y Colom, *Instrucción de Escribanos...*, II, p. 33.

²⁴ G. Castillo de Bovadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos y seglares*, 2 vols., Amberes, 1750, I, lib. II, cap. VII, núm. 7, p. 290.

²⁵ J. Barrientos Grandón, «*Mos italicus* y praxis judicial indiana», *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos* 5-6 (1996-1997), 357-428 notas a pie de página núms. 70 y 71, con respecto a los textos de F. Carrasco del Saz, *Exhordium huius operis*, núms. 14, 18, 20-22.

²⁶ Por lo tanto, para Antonio Gómez el juez debía atenerse en el momento de resolver a las siguientes fuentes, por este orden: *Leyes de Toro*, *Ordenamiento*, pragmáticas del reino y *Partidas*, después fueros municipales, en su defecto Derecho romano, en defecto de éste debe acudir a la costumbre «legítimamente inducida por el tiempo de 10 años, y pluralidad de

los mismos años, Gregorio López equiparaba razón natural y Derecho romano en sus glosas a *Partidas*, incluyendo en esta equiparación la doctrina de los autores del Derecho romano²⁷.

La discusión sobre la fuerza de la doctrina entronca con otro problema diferente, pero a la vez complementario, y al que ya hemos aludido. La vigencia del Derecho real es incuestionable, pero quizás no es suficiente para resolver todas las causas y pleitos. Mientras que De Castro y Juan y Colom hemos visto que suponían su insuficiencia, Berní y Catalá opinaba que

...el Derecho común en España por sí sólo no hace fuerza en práctica si no va junto con Ley Real, o a lo menos se demuestra no aver disposición Real acerca del assumpto, ni costumbre; lo que tengo por dificultoso²⁸.

En otro momento, y en el mismo sentido, expresaba que

Los que están poco instruidos en las leyes del Reyno piensan que a cada passo se deberá acudir al Rey, pero no es así porque las leyes del Reyno tienen tanto prevenido que poco ay que añadir; quanto más se estudia, más extenso parece. Vistas todas las leyes del Reyno se hallará una total prohibicion de opiniones en práctica, *L. 6. tít. 4. lib. 1. ordinam.*, y aunque una ley de Madrid permitió opiniones a falta de ley, quedó derogada por la *Ley 3. tít. 1. lib. 2. recop.* El uso de los intérpretes en la práctica Real es destinado para los Estudios Generales, *L. 3. tít. 1. lib. 2. recop.* y se permiten

actos que a este fin se hayan practicado», y en defecto de la costumbre a las reglas naturales, a las opiniones de los autores y a la analogía, y, finalmente, a la interpretación del soberano. A. Gómez, *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, Madrid, 1780, p. 4. La anteposición de *Partidas* a las leyes del *Fuero* la atribuye Pedro Nolasco a una equivocación de A. Gómez. Véase P. Nolasco de Llano, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1785, pp. 8-9. Véase también este autor y los demás citados en F. Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1996, pp. 135-136.

²⁷ G. López, glosa 33 a la ley 6 del título 6 de la tercera partida. Véase, en castellano, en *Las Siete Partidas del sabio rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*, 4 vols., Barcelona, II, pp. 86-87.

²⁸ J. Berní y Catalá, *El abogado instruido...*, p. 30.

alegar en los papeles en Derecho e informes, en quanto comprobantes del Real Derecho y natural²⁹.

Pero, a pesar de todo, Berní y Catalá terminaba aceptando la posibilidad de que para algún supuesto pudiera no haber ley *ex profeso*, en cuyo caso opinaba que, «donde ay una misma causa o razón se aplique el mismo Derecho»³⁰. Y es aquí donde la doctrina adquiriría un papel relevante:

Entre los moralistas es proposición cierta el que se puede defender por opinión probable, exceptuando al Juez, pues debe sentenciar por la más probable. Pero estas proposiciones se entienden con el supuesto de ho haver punto fixo, pues aviéndole cessan opiniones, y todos están obligados a seguir lo cierto³¹.

El reconocimiento y la valoración positiva que Berní realiza de la doctrina en el juicio queda reflejada claramente en el siguiente párrafo:

...diré que el Autor por sí, aunque no tiene autoridad quando hay Ley, es muy estimado en quanto se funde con Leyes del Reyno, coordinando el asunto, desempeñando la materia sobre que escribe, definiendo, distinguiendo y limitando, satisfaciendo los obstones, apurando la mente de la Ley, combinándola con otra, buscando la razón natural delineada en ff. o Cod. O la inteligencia que dieron los Consejos, Chancillerías y Audiencias, y el concepto que formaron otros Eruditos. Y por último poniendo en carrera al Juez y Abogado para el acierto. Los autores de primer nota ilustran los asuntos que se proponen explicar, fundándose con Ley Natural, Divina, Real, Civil y Canónica, y por consiguiente, nos conviene estudiarles para la perfecta inteligencia de las especies³².

Vemos, pues, cómo la condena de Berní a las opiniones de los autores se suaviza en gran medida. Incluso, podríamos decir que se

²⁹ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, pp. 11 ss., y *Disertación sobre...*, p. 31.

³⁰ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 14, y *Partidas* 7, 34, 36.

³¹ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 18. Véase también *El abogado instruido...*, lib. I, cap. IV, pár. 4, y *Nueva Recopilación* 2, 1, 7.

³² J. Berní y Catalá, *Disertación...*, pp. 34-35.

esfuma en el caso de no haber ley real aplicable, pues aquí facilita su alegación, aunque sólo sea por su carácter hermenéutico. Porque cosa diferente sería la interpretación de la ley. Según las disposiciones reales, la facultad de interpretar las disposiciones de cualesquiera de los tres derechos se atribuía, en principio, únicamente al monarca. Pero, según Berní, sólo se debía acudir a él después de comprobar que no había ley análoga aplicable —incluso derogada—, y

...quando la interpretación mira a un nuevo derecho, para comprehender todos los casos universalmente, pero si la interpretación mira al caso del pleyto de que se trata es propria de los tribunales ³³.

Lo cierto es que el Consejo de Castilla, consciente de la imposibilidad de romper con el secular peso de la doctrina, en base a la cual se substancianaban y determinaban muchos pleitos en los tribunales, venía a sancionar esta costumbre en el auto acordado 2, 1, 1, de 4 de diciembre de 1713, al primar los autores patrios que comentaban Derecho del reino frente a los autores foráneos. Es más, las disposiciones a que hacemos referencia hemos visto que habían prescrito el estudio de estos autores en los estudios generales, «porque ha en ellos mucha sabiduría e queremos dar logar que nuestros naturales sean sabidores e sean por ende más onrrados» ³⁴. Lo que, aunque con reservas, también veía con buenos ojos Berní, al decir que «los autores son muy buenos contando el abogado primero con las leyes del Reyno» ³⁵. De ahí que nuestro autor, conviniendo con la ley 1, 6, 5, del *Fuero Real*, permitía alegar los intérpretes «en los papeles en Derecho e informes, en quanto comprobantes del Real

³³ J. Berní y Catalá, *Apuntamientos...*, 1, 1, 14, p. 9, *Disertación sobre la llave...*, p. 32, citando *Partidas* 1, 1, 14 y 17, y *Carta que el Dr. Don Joseph Berní...*, p. 10.

³⁴ *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*, edición de Jordán de Asso y Manuel, Madrid, 1774, p. 73. Según los autores esta disposición fue incluida en la ley por pragmática de Toro del año 1427. Véase también ley primera de las de Toro y *Nueva Recopilación* 2, 1, 3.

³⁵ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 16. Véase también *Apuntamientos...*, 1, 1, 13, p. 9, y *Manual de testar...*, 2.^a edición, Madrid, 1768, pp. 1-2.

Derecho y natural»³⁶. Como comprobantes porque, entre otras cosas, las opiniones de los autores solían contener, por lo general, citas falsas. Por lo que en ningún momento se podía patrocinar una causa apoyándose sólo en doctrina, ni tampoco en sólo doctrina que expusiera una ley real o que expusiera tanto Derecho común como Derecho del reino. Éstas eran las tres formas en que, según Berní, los abogados acostumbraban a patrocinar una causa. Y ninguna de ellas era suficientemente válida por no aportar directamente el Derecho real³⁷.

Es más, en otro momento de su obra parece que, en cierta medida, Berní acepta, a pesar de todo, la posibilidad de que la práctica pudiera llegar a dejar sin efecto la ley real. Si la práctica seguida en los tribunales supremos es contraria a la ley, a vista del legislador, cesa ésta por anticuada, lo que no ocurre en los tribunales inferiores³⁸. Esta opinión, en abierta contradicción con la ley 2, 1, 3 de la *Recopilación* y los autos acordados 2, 1, 1 y 2, 1, 2, que ordenan estar a las leyes reales aunque se alegue que no son usadas ni guardadas, nos muestra que la efectividad de los autores en los tribunales era incuestionable. Y esta realidad no podía ser obviada, ni siquiera por Berní.

³⁶ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 12. Esta ley del *Fuero Real* decía que «si alguno razonare ley que acuerde con las deste libro e las ayude, puédalo facer e non haya pena». Berní interpretaba este pasaje, por lo tanto, en el sentido de que, además de leyes romanas y canónicas, también se podían aportar opiniones de los autores.

³⁷ J. Berní y Catalá, *El abogado instruido...*, cap. IV, lib. I, *Carta que el Dr....*, p. 10, y *Práctica criminal...*, pp. 3 y 4, ed. 1765.

³⁸ J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 17. En *Demostración jurídica que hizo el dotor Joseph Berní, abogado de los reales consejos, al Exc. Sr. Marqués de la Real Audiencia de esta ciudad de Valencia, sobre que de las averiguaciones y sumarias de pobreza, constando ser pobres de solemnidad no se deven pagar derechos*, Valencia, 1738, Biblioteca Universitaria de Valencia (en adelante BUV), Varios 33, núm. 15, Berní obtiene resolución favorable de la Audiencia frente al auto de un alcalde mayor en el que se denegaba la gratuidad del expediente probatorio de pobreza, alegando ser «práctica el cobrar semejantes derechos, y que la práctica y costumbre hace ley». A lo que Berní replicaba con que «no ay más práctica y estilo que lo que el rey nuestro señor manda, pues todas las prácticas que resultan contra los mandamientos del rey son ningunas y, finalmente, las prácticas se convierten en abusos».

De todas las opiniones aportadas, difíciles de combinar las unas con las otras en muchas ocasiones, se desprende que son dos las ideas claras en Berní sobre el valor de los autores: en la *teoría*, prohibición de resolver según doctrina, como regla general; y en la *práctica* —es decir, en la realidad diaria—, y al amparo de la ley, beneplácito para aportarla al pleito en supuestos determinados y tasados. El problema continuaba siendo el mismo, puesto que en ningún momento ni la ley ni Berní delimitan con claridad cuáles eran estos supuestos.

Por otro lado, si las leyes reales desterraban la doctrina de los pleitos, ¿por qué se alegaba con tanta asiduidad en los tribunales? Una cosa son los pleitos y otra las alegaciones jurídicas. En aquéllos apenas encontramos fundamentación jurídica. A lo sumo, vagas alusiones genéricas. El motivo, entre otros, evitar alargamientos innecesarios del proceso, más laborioso para el juez y más costoso para el cliente³⁹. Es en los memoriales redactados al final del pleito en donde el abogado puede defender sus postulados desde el Derecho. Al mismo tiempo le servirían para justificar sus honorarios. Así pues, además de por razones estrictamente jurídicas de convencer al juzgador, hay otra más pragmática para alegar derecho y, entre éste, tanta doctrina:

Si el juez no se da por entendido, quiero decir, si el abogado conoce que no se le han asentado bien las doctrinas al juez (pues éste no puede decir si el abogado da o no en el blanco), entonces forma un memorial en Derecho, probando con él más la paciencia del ministro o ministros en leerle que el derecho que defiende. De esta suerte queda satisfecha la parte y bien pagado el abogado. Pero si con todo eso se pierde el pleyto, exclaman los abogados mara-villándose (al litigante) no sé cómo el juez ha podido pronunciar tal sentencia!, pues se opone al dictamen de F. y F. autores clásicos⁴⁰.

Como se alude al principio de este párrafo, el cliente y su abogado no podían conocer el peso que la doctrina o cualquier otra fundamentación jurídica podían tener en la resolución judicial, ya que en el Derecho castellano, al contrario que en los países de la Coro-

³⁹ Recopilación 2, 16, 4, y C. Tormo Camallonga, *El colegio de abogados...*, p. 472.

⁴⁰ J. Berní y Catalá, *El abogado instruido...*, Introducción, pár. 8.

na de Aragón, las sentencias no se motivaron con carácter general, hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Se intentaba así evitar el reinicio del pleito, con los consiguientes perjuicios económicos y de tiempo para las partes⁴¹. Lo que indudablemente contribuía al mantenimiento de un sistema de alegaciones basado en la acumulación de citas. Y si este sistema permaneció inmutable a lo largo de los años es porque había demostrado su efectividad en los tribunales.

Tomás Manuel Fernández de Mesa, práctico como Berní, también juzgaba pernicioso la influencia de las opiniones sobre los estudiantes y abogados. Con intención reprobatoria decía que:

En las Curias dizen que se aprenden las Leyes Españolas; pero qué pocos son los que de propósito las miran contentos de registrar sus Intérpretes? Apenas se decide cosa porque ellas [las leyes españolas] lo mandan, sino porque lo dizen los autores. Rara vez se oye: esto lo ordena don Alonso el Sabio, ni Felipe Segundo, sino: así lo afirman Gómez, Covarrubias, o otro tal vez de menor autoridad, y poco importa que aquéllas lo digan si no lo dixen éstos, y sólo sirve que lo digan éstos, aunque aquéllas no lo digan. De manera que ya ningún letrado se averguenza de hablar sin ley, sino de hablar sin autor...⁴².

En la práctica, sin embargo, Fernández de Mesa no predicaba con el ejemplo. Poco difieren sus alegaciones jurídicas de las de otros letrados. En ellas acude a las opiniones de los autores como cualquier otro abogado⁴³. En una de ellas, sobre sucesión de mayorazgo⁴⁴, de las 113 citas que aporta, 100 corresponden a autores, es decir, el 88'49%, mientras que sólo 3 citas —el 2'26%— se refieren al Derecho real: 2 a *Recopilación* y 1 a *Partidas*. De las demás, 2

⁴¹ Nueva *Recopilación* 2, 4, 5 y 2, 5, 42, edición de 1640. Véase A. Pérez Martín y J. M. Scholz, *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, pp. 297-301.

⁴² T. M. Fernández de Mesa, *Oración que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas*, Valencia, 1752, p. 4.

⁴³ C. Tormo Camallonga, *El colegio de abogados...*, pp. 502-115 y 566.

⁴⁴ Jesús, María, Joseph, San Joaquín y San Felipe Neri. *Alegación jurídica por D. Joaquín Villaraza, antes Descals, en el pleyto de propiedad con el conde de Faura sobre la successión del mayorazgo fundado por Don Lorenzo Villaraza*, BUV, Varios 240, núm. 26.

corresponden al *Digesto* y 8 a sentencias judiciales. En otra alegación, sobre revocación y nulidad de laudo posesorio⁴⁵, de las 137 citas que aporta 104 corresponden a doctrina, es decir, el 75'91%, mientras que sólo 15 citas —el 10'94%— son de Derecho nacional: 6 de *Partidas*, 6 de *Recopilación*, 1 de *Leyes de Toro*, 1 de *Ordenamiento de Montalvo* y 1 de *Furs*. De las restantes citas, 10 son de *Digesto*, 4 de *Código*, 1 de *Auténticas* y 3 de la Sagrada Rota.

Mayans y Císcar coincidía en parte con Berní en su valoración de la doctrina. Aunque es posible que, en sus escritos, la apreciara más. Como punto de partida, Mayans distinguía entre la interpretación de leyes extrañas y de leyes propias de España. En el primer caso, la autoridad de los autores debía ser nula, pero no por que la doctrina no tuviera valor en sí, sino porque era nulo el valor de estas leyes. En el segundo, cabría distinguir si la interpretación era contraria o conforme a la ley. Si era contraria, su autoridad también sería nula, pero si era conforme debía seguirse, aunque no como opinión de intérprete, sino como verdadero sentido de la ley. Nótese que se trata de una posición semejante a la de Berní⁴⁶. Ambos dejaban la puerta abierta a la alegación y acumulación de doctrina por parte de los abogados, y más cuando se convenía en que una ley extraña entraba a formar parte del ordenamiento propio con su confirmación por el legislador. En este último sentido los letrados aumentaban considerablemente la alegación de autores que interpretaban las leyes —romanas o canónicas— que, según el propio abogado, eran origen de la española. En última instancia se posibi-

⁴⁵ Jesús, María, Joseph y San Felipe Neri. *Alegación por don Pedro Císcar, marido de doña Rosa Císcar, en los autos con don Andrés Císcar, sobre la revocación y nulidad pretendida por éste del laudo dado por el doctor Bautista Monseny, y posesión tomada en su virtud de ciertos bienes sitios en la ciudad de Denia*, BUV, R-2/361, núm. 9.

⁴⁶ G. Mayans y Siscar, *Carta escrita al Dr. Josef Berní sobre el origen y progressos del Derecho español*, Oliva, 1744. Véase en el prólogo a la *Instituta civil y real* de Berní y Catalá, Valencia, 1745, pp. XI-XXXV, en concreto pp. XXIX-XXXI. Por otra parte, aunque se ha dicho que Berní hizo su pasantía en el despacho de Mayans, se trata éste de un extremo todavía por demostrar. De hecho, Mayans desempeñó el cargo de bibliotecario real en la corte durante los años 1733-1739, con lo que, como mucho, sólo podría haber tenido a Berní de pasante durante dos años. De cualquier manera, Berní siempre se consideró discípulo de Mayans, al que le solicitaba, por ejemplo, que le prologase muchas obras.

litaría, incluso, la alegación de estas leyes civiles y canónicas, sin más.

c. El Derecho romano

Sabemos que el Derecho común se extiende y recibe en los distintos ordenamientos nacionales, desde el primer momento, a través de tres vías. Por una parte, porque el monarca acepta o incluso copia en sus normas las soluciones ofrecidas por los textos del *Corpus* y los glosadores. En segundo lugar, porque en numerosas ocasiones se declaraba al Derecho romano o al canónico como supletorio en caso de laguna legal. Y, finalmente, porque los juristas interpretaban las disposiciones reales conforme a sus conocimientos adquiridos en una universidad esencialmente romanista.

Nuestro autor consideraba —como Mayans y Císcar o Nebot— que el Derecho romano estaba constituido, en su mayor parte, por Derecho natural y de gentes, además de por Derecho meramente civil. Pero, a diferencia de otros autores, y como ya hemos visto, también creía que el Derecho real no era menos completo y perfecto que el civil⁴⁷. Por lo tanto, su sola alegación era suficiente para defender y decidir cualquier causa en los tribunales⁴⁸. De manera que, en la práctica, tan sólo cabría aportar al pleito las leyes civiles romanas como respaldo al Derecho real español, ya que, por la perfección de éste, difícilmente podrían aplicarse en su defecto. Ciertamente, en ningún momento aporta leyes romanas en sus *Apuntamientos* a las *Partidas*, sino sólo autores españoles y, sobre todo, *Recopilación*. La *Práctica Criminal* tampoco contiene más que leyes reales, especialmente *Partidas* y *Recopilación*, junto con algún glosador de estas leyes, español y reciente.

Juicio similar era común desde Gregorio López —siguiendo la doctrina iniciada por Baldo—, para quien se podía alegar en juicio las leyes romanas, pero no como leyes que eran, sino como razón natural en la cual estaban fundadas.⁴⁹ Incluso Mora y Jaraba, gran

⁴⁷ A lo sumo convenía en que «poco ay que añadir»; J. Berní y Catalá, *El abogado penitente...*, p. 11. Para el caso de no haber ley real, o no ser suficiente, en *Recopilación* 2, 1, 7, se ordenaba que los oidores hicieran relación al monarca de las que debería dictar.

⁴⁸ *Nueva Recopilación* 2, 1, 4.

⁴⁹ Véase nota 27.

apasionado del Derecho romano en el XVIII, no les concedía ninguna fuerza «ni aún subsidiariamente»⁵⁰. En consecuencia, el común de los autores opinaba que las leyes romanas, al igual que la doctrina, podían y debían estudiarse en la universidad, pero sólo como razón natural y con sus concordancias respecto del Derecho patrio. Y así lo propugnaba también Berní en su *Instituta*, obedeciendo al auto acordado 2, 1, 1, de 29 de mayo de 1741. De esta manera replicaba a Asso y Manuel cuando éstos manifestaban que «sería conveniente estrañar de España las Leyes Romanas»⁵¹.

Derecho civil como comprobante del real, pero no como su intérprete, pues para ello se debía acudir al soberano legislador, «quando la interpretación mira a un nuevo derecho para comprehender todos los casos universalmente», o a los tribunales «si la interpretación mira al caso del pleyto de que se trata». De nuevo, lo mismo que hemos visto para la doctrina⁵². Por lo tanto, Berní no sólo considera de ninguna autoridad legal para la práctica a las leyes civiles y a los autores extranjeros, sino que también opina, consiguientemente, que las leyes reales en ningún caso deberían interpretarse por los textos romanos, como tan comúnmente se hacía. Lo que se convertía en una cuestión todavía más ardua, por cuanto que las leyes españolas estaban impregnadas de romanismo.

Mayans, que de alguna manera muestra sus reticencias al apartamiento del Derecho romano en favor del real, representaba la opinión todavía generalizada de que las leyes civiles formaban la parte más sabia del Derecho español⁵³. Nebot, aunque práctico como Berní, tampoco oculta su admiración por el *Corpus*⁵⁴. Pero en sus alegaciones jurídicas se decanta por el Derecho romano en la misma

⁵⁰ P. de Mora y Jaraba, *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748, p. 213.

⁵¹ J. Berní y Catalá, *Carta de advertencias que escribe el Dr. Don Joseph Berní y Catalá a los eruditos DD. Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez, sobre las Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Valencia, 1771, pp. 7-8.

⁵² J. Berní y Catalá, *Apuntamientos...*, 1, 1, 13 y 14, p. 9.

⁵³ Véase *Carta de don Gregorio Mayans y Siscar* en J. Berní y Catalá, *Instituta civil...*, pp. XXI ss.

⁵⁴ Carta de Nebot a Mayans de 22 de junio de 1740, en G. Mayans y Siscar, *Epistolario IX. Mayans y Martínez Pingarrón*, 3, Valencia, 1989, pp. 142-145

medida que el resto de abogados. Es decir, preferencia por las citas de autores, seguidas de aquél, que viene a abarcar entre, aproximadamente, el 9 y el 17% del total de citas, mientras que las citas de Derecho real representan, como máximo, un 4%. Incluso, una de sus alegaciones que he consultado, sobre división de los bienes de una herencia, no contiene ninguna cita de Derecho real⁵⁵.

Fernández de Mesa, aunque más próximo a Berní, tampoco se muestra demasiado reacio a la presencia de Derecho romano en los informes jurídicos. Hemos visto que su desconfianza se acentuaba frente a la doctrina⁵⁶. De las dos alegaciones que hemos visto anteriormente, en la primera se cita en dos ocasiones el *Digesto*, de 113 citas que hay en total —el 1'76%—; y en la segunda se cita en otras 10 ocasiones, en 4 ocasiones el *Código* y en una ocasión *Auténticas*, de 137 citas —el 10'94%—.

⁵⁵ En el memorial *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Alegación del Derecho que assiste a Da. Antonio Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Gaspar Prima Sanz y Cebrián, doña Vicenta Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Juan Berenguer y demás que hazen parte en el pleyto que siguen contra don Francisco Agulló y don Antonio Cebrián su curador. Sobre si se debe juzgar por fideicomisso familiar o mayorazgo la disposición de don Felipe Guitart*, BUV, R-2/360, núm. 22, las citas de Derecho romano sólo eran 24 de 256 —20 de *Digesto* y 4 de *Código*—, es decir, el 9'37%, mientras que 220 correspondían a autores, 10 a leyes reales y 2 a sentencias de la Rota. Algo más aparece el Derecho romano-canónico en la *Alegación por el Dor. Juan Cabrera en el pleyto que en su nombre sigue Alexandro Ripoll, en grado de apelação, con Josepha María Cabrera, su hermana, muger legítima de Carlos Benet, y en su nombre Joseph Royo. Sobre la validad de la escritura que a favor del dicho Dr. Juan Cabrera otorgó su hermana*, BUV, R-2/362, núm. 39, en donde se aporta en 13 ocasiones —8 citas de *Digesto*, 4 de *Código* y 1 de *Decretales*— de las 112 citas totales, es decir, el 11'60%, mientras que 94 citas son de autores y 5 de Derecho real. En *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Apuntamiento legal del derecho que assiste a Rosendo Sanchis, ciudadano, en la causa que éste sigue en grado de apelación en esta Real Audiencia contra María Inés Franch, como tutora y curadora de Domingo Thadeo Sánchiz*, BUV, R-2/361, núm. 33, de 46 citas 8 son de Derecho romano-canónico —4 de *Digesto*, 3 de *Código* y 1 de *Decretales*—, es decir, el 17'39%, mientras que 37 son de autores y 1 de una sentencia de la Real Audiencia.

⁵⁶ T. M. Fernández de Mesa, *Arte Histórica y Legal de conocer la fuerza y uso de los Drechos Nacional y Romano en España*, Valencia, 1747, pp. 144 ss.

Por todo lo visto, e independientemente de la formación del abogado o de la actitud que adoptaba ante la dialéctica Derecho común-Derecho real en los tribunales, la fundamentación jurídica de las alegaciones venía a ser prácticamente la misma. Lo que indica que el triunfo del Derecho patrio en los tribunales tendría que venir de la mano, no ya de los letrados, sino de los magistrados o, más apropiadamente, del legislador, con la irrupción de la ley liberal y de los códigos.

Al igual que Berní, hemos visto que otros autores defendían la primacía del Derecho real. Al fin y al cabo, Berní no hacía sino insistir en un principio indiscutible y predominante en el XVIII. Sin embargo, no parece que aquellos autores trasladaran este principio a la práctica de los tribunales. En cambio, en los informes en Derecho por escrito de nuestro autor se observa una clara preeminencia de las leyes reales, aun en contra de la práctica generalizada en Valencia. Aunque hemos visto que Berní finalmente acepta e incluso recomienda a los juristas el estudio de la doctrina —y también su alegación en supuestos ocasionales—⁵⁷, la presencia de autores en sus memoriales es mucho menor que en otros abogados. Además, siempre se trata de autores traídos a raíz de la cuestión discutida. En general, en sus memoriales se aprecia una notable reducción en el número de citas con respecto a los memoriales de otros letrados. Y, lo que es más importante, se advierte una significativa y total ausencia del Derecho romano y canónico. Al menos, esto es lo que se desprende de las alegaciones jurídicas consultadas, en donde las citas de Derecho real suponen, como poco, el 40% del total —a partes iguales entre *Recopilación* y *Partidas*—; un porcentaje cierta-

⁵⁷ Berní admite, tácitamente, el peso de la doctrina en la resolución del pleito, cuando en la página 36 de la alegación *J. M. J. Jurídico informe por doña María Urrea y de Burgos, viuda, por Tomás Aguilar, Antonio Lorente y Juan Francisco Audivert y compañía. En el pleito de concurso de acreedores de Antonio Pasqual Moya, corredor y mercader, en el que se demuestra la anterioridad de dichos quatro acreedores y el ningún derecho de los demás, a excepción de Pedro Juan Grima y Lloret, que obtiene el último lugar en nombre propio*, Archivo del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (en adelante AICAV), I-2743, núm. 9, alude a la pérdida del pleito por la parte contraria, en base a que la defensa del abogado «ha sido contra Leyes Reales y Autores de primer nota». Destaca esta alegación por las continuas referencias a la justicia de las leyes reales de Castilla; véase pp. 33, 34, 37 ó 40.

mente alto, correspondiendo el resto a citas doctrinales⁵⁸. Si esto era así en las alegaciones cuyo objeto pertenecía al derecho privado, lo mismo ocurre con las alegaciones de contenido penal. En una de ellas, sobre muerte, armas prohibidas y estafa, de las 29 citas que Berní aporta, 9 corresponden a *Partidas* y una a la *Ley de Estilo* —ninguna a *Recopilación*—, es decir, el 34'48% de las citas. Mientras, en 19 ocasiones se cita la doctrina, es decir, el 65'51%⁵⁹. Tampoco aporta en este memorial ninguna ley romana.

Por lo tanto, y sin lugar a dudas, de todos los abogados estudiados en la Valencia del dieciocho, Berní y Catalá es el que con mayor asiduidad se atiene al Derecho real castellano. También es el más reacto frente al Derecho romano, mientras es más permisivo con la doctrina. En una alegación en la que se discutía sobre la preferencia de acreedores en un concurso, de las 98 citas que aporta, 51 corresponden al *Laberintum Creditorum*, del castellano Salgado de Somoza. Aun así es explícita y directa la relación de esta obra con el objeto del pleito. Del resto de citas, 10 son de la *Recopilación*, 10 de *Partidas*, 3 de *Furs*, y las 8 restantes de otros cuatro autores⁶⁰.

⁵⁸ Véase J. M. J. *Jurídico informe por doña María Urrea y de Burgos...*, AICAV, I-2743, núm. 9; J. M. J. *Informe jurídico por don Joseph de Cardona y Brisuela, vecino de esta ciudad, en los pleitos contra don Joaquín Pertusa y Alfonso y doña Pasquala de Cardona y Sanguino, consortes, vecinos de la misma. Sobre que se aseguren ciertas sumas gravadas a restitución, recobro y extinción de alimentos*, AICAV, I-2751, núm. 4; Jesús, María y Joseph. *Jurídico informe por doña María Urrea y de Burgos, viuda, por Tomás Aguilar, Antonio Lorente y por Juan Francisco Audivert y compañía. Contra Antonio Pasqual Moya, corredor y mercader. Sobre la nulidad de la cesión de bienes de dicho Moya*, AICAV, I-2743, núm. 8; y *Jurídico informe por don Joseph de Cardona y Brisuela, como a heredero de doña Ana Francisca Núñez de Cardona y de Valda, viuda, marquesa de Busianos. Contra los hijos y herederos de D. Jorge Núñez y Ballterra, padre de dicha marquesa. Sobre cumplimiento de legítima a favor de dicha marquesa contra la herencia de don Jorge*, AICAV, I-2751, núm. 3.

⁵⁹ J. M. J., *Defensa de Salvador Dus, en la causa sobre la muerte que se supone de Vicente García, indicios leves de la de Christóval Palmero, conjeturas levísimas sobre otro cadáver no conocido y sobre armas prohibidas, estafador y mala fe. En la que el fiscal de Su Magestad pide la pena ordinaria y en todo caso el tormento. Está para votarse, concurriendo la sala civil, por aver mediado dos sentencias en discordia*, BUV, Varios 17, núm. 13.

⁶⁰ J. M. J. *Jurídico informe por doña María Urrea...*, AICAV, I-2743, núm. 9.

O sea, que en el estudio de la obra de Berní o de cualquier práctico de esta época nunca podemos perder de vista dos premisas. En primer lugar, que la fe ciega en el ordenamiento real castellano — vigente en la Valencia del XVIII— tiene su justificación, ya que era un derecho más extenso y completo que otros, como por ejemplo el valenciano. Lo que, de alguna forma, hacía innecesario acudir a otras fuentes. No hay más que pensar en *Partidas*, sin olvidar todo lo que implicaba su provechoso fondo romanista. Por contra, todavía era pronto para que los valencianos olvidaran sus usos procesales de la época foral. Unos usos basados en un ordenamiento mucho más romanista, que, entre otros, se traducía en unos informes en Derecho muy receptivos a los autores. En segundo lugar, debemos considerar que la práctica de los tribunales ineludiblemente tenía que moldear el proceder de los abogados, al margen de la opinión que éstos mantuvieran en la teoría. Tal vez, el prestigio de Berní le permitiera desmarcarse en cierta manera.

Seguramente fue Berní uno de los autores que más luchó en defensa del Derecho real. A este efecto pensaba que su enseñanza en la universidad era fundamental. De ahí que llegara a denunciar al claustro de la de Valencia por incumplir la carta del Consejo de 15 de noviembre de 1741, que, recordando anteriores disposiciones, prescribía su estudio⁶¹. Al contrario que Berní, algunos autores opinaban que, en última instancia, la alegación de doctrina y Derecho romano-canónico estaba totalmente justificada y refrendada por la interpretación conjunta de los diferentes preceptos legales que trataban sobre este asunto, por lo que no veían tan necesario ni oportuno el estudio del Derecho patrio. Como ya he señalado, sólo se podría terminar con esta confusión desde una decidida actuación del monarca y del Consejo de Castilla, que se iniciará con la implantación de cátedras de Derecho patrio en los planes de estudio ilustrados de Carlos III, pero que no se consolidará hasta bien avanza-

⁶¹ Autos Acordados 2, 1, 3, edición de 1745. M. Peset Reig, «Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho Español* 45 (1975), 273-339. Sobre el conocimiento de las leyes del Reino, José de Covarrubias se preguntaba —tal vez exagerando—: «¿Quántos hay de los que logran licencia para abogar que las hayan pasado?, ¿Quántos habrá que ignoren hasta el número de nuestros códigos y la serie cronológica de su publicación?»; véase *Discurso sobre el estado actual...*, p. 104.

do el XIX con los códigos liberales. Se debía contar, además, con manuales universitarios de Derecho real, que se habían retrasado hasta 1771, con la aparición de las *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, de Asso y Manuel. Tratado que, por cierto, contaba con el beneplácito de Berní, no sin que antes recordara que la mayor parte de la obra de estos autores ya se encontraba formulada en la suya propia y en la de Mayans. No obstante, termina reconociendo que, sobre las *Instituciones*, «vamos conformes en casi lo más, y que sólo nos separa el estilo»⁶². Palabras agradecidas, que el orgulloso y agrio carácter de nuestro autor tan poco hacía proligar⁶³.

2. Berní y los abogados

Berní y Catalá se nos presenta —él mismo lo afirmaría— como el fundador del colegio de abogados de Valencia.⁶⁴ Hemos visto en las anteriores páginas que su obra se dirigía especialmente a los abogados como profesionales del foro, así como a los pasantes y a su formación. Pero a nuestro autor también le preocupaba la consideración social de los letrados, en unos momentos en los que la calificación de un oficio como mecánico revestía connotaciones peyorativas. Y ello a pesar de los intentos por parte de la Ilustración de dignificar muchas profesiones manuales consideradas viles hasta el momento. Asimismo, le preocupaban las posibilidades de promo-

⁶² J. Berní y Catalá, *Carta de advertencias... Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, p. 16.

⁶³ Lo que se observa, por ejemplo, en su *Carta que escribe el Dr. D. Josef Berní y Catalá a los doctores Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez, sobre la Publicación del Ordenamiento de Alcalá*, Valencia, 1774, en la que Berní manifestaba lo siguiente: «Con particular gusto he leído el Ordenamiento de Alcalá, que Vds. acaban de publicar, con los cargos que me hacen, en vez de darme gracias por las XIX Advertencias que les noté en mis dos antecedentes sobre las Instituciones del Derecho Civil y Fuero Viejo de Castilla».

⁶⁴ Sobre la pasantía en esta época, y especialmente en la ciudad de Valencia, véase C. Tormo Camallonga, *El Colegio de Abogados...*, pp. 255-264. A destacar que de los 132 abogados que en 1762 remiten información al colegio sobre un asunto de quintas, únicamente 30 disponían de pasante. Entre ellos Berní, con sólo uno; el doctor en Leyes por Gandía José Tortajada.

ción que los juristas valencianos pudieran tener —también las suyas—, dentro de una estructura y ordenación judicial que ciertamente no favorecía su presencia. Para la consecución de éstos y otros fines, Berní creyó oportuno que los letrados valencianos se agruparan y reunieran en colegio, como medio por el que canalizar y aunar esfuerzos. Viendo los beneficios conseguidos por el de Madrid⁶⁵, pensó que lo mejor sería constituirse en colegio de abogados a su imitación y con sus mismos estatutos. Él mismo se encargó de la tramitación de la solicitud en la corte, que terminó con la real provisión de 6 de febrero de 1762, por la que Carlos III sancionaba el auto del Consejo de Castilla de 14 de diciembre del año anterior. Con este auto, el colegio de Valencia, que desde 1759 ya venía actuando de hecho, se incorporaba por filiación al de Madrid, de manera que todas las disposiciones expedidas a su favor se entendían aplicables al colegio de Valencia y a sus individuos⁶⁶. El mismo auto aprobaba los estatutos, que finalmente no serían los mismos que los de Madrid, sino una adaptación suya a las circunstancias de la ciudad y audiencia de Valencia. Estos primitivos estatutos o constituciones estarán vigentes hasta los *Estatutos para el régimen de los Colegios de Abogados del Reino*, de 28 de mayo de 1838, de aplicación general para todos los colegios⁶⁷.

Al margen de las intenciones que los abogados de cada ciudad perseguían cuando decidían organizarse en colegio, y a las que expresamente se aludía en sus constituciones fundacionales, no es menos cierto también, que en el XVIII, y desde diversas instan-

⁶⁵ También por manifestaciones propias, Berní ya había ingresado como individuo en el colegio de Madrid. Sin embargo, se trata éste de un extremo todavía por aclarar, puesto que su nombre no aparece entre la lista de colegiados; véase Archivo Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Libros de Matrícula*.

⁶⁶ Sobre el papel que Berní tuvo en la fundación del colegio véase C. Tormo Camallonga, *El Colegio de Abogados...*, pp. 27 ss., y P. Nácher Hernández, *Historia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia*, Valencia, 1962. Sobre el colegio de la corte, P. Barbadillo Delgado, *Historia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 3 vols., Madrid, 1956-1960.

⁶⁷ Véase la provisión real y los estatutos de 1762 en AICAV, *Documentos Fundacionales*, caja 1, expediente 7. Los estatutos de 1838 en M. Martínez Alcubilla, *Diccionario de la Administración Española*, 8 vols., Madrid, 1886-87, I, pp. 58-60. Un estudio de estos estatutos en C. Tormo Camallonga, *Un col. legi d'advocats: Sueca 1841-1895*, Actas VII Asamblea de Historia de la Ribera, Sumacàrcer, 1998, en prensa.

cias, se pretendía restringir el número de letrados, en un momento en el que su exceso se consideraba como un mal a combatir. Así sucedía, al menos, en las ciudades sedes de los más importantes tribunales, en las que se impedirá abogar a los que no fueran individuos del respectivo colegio⁶⁸. Hasta 1762 en la ciudad de Valencia sólo se exigía el grado de bachiller en leyes o cánones y la superación de un examen de recibimiento ante la audiencia, después de los cuatro años de práctica privada en el bufete de un abogado. A partir de ahora se exigirá también ser individuo del colegio, para lo que se deberá acreditar estar en posesión de una serie de calidades detalladas en los estatutos, debidamente documentadas y acreditadas por testigos⁶⁹. Se trataba de que el abogado demostrara, a través de un expediente incoado por dos colegiados informantes, la legitimidad no sólo suya sino también de sus padres; el ser todos ellos cristianos viejos limpios de toda mala raza de moros, judíos y penitenciados por el Santo Oficio; el no tener ni haber tenido él ni sus padres oficio ni empleo vil o mecánico que pudiera oponerse a la decorosa profesión de la abogacía; y el gozar de una buena fama pública. A partir de 1770 se exigirá un nuevo requisito para abogar, esta vez común a todos los abogados: la aprobación de un examen en el colegio, previo al de la audiencia.

En los estatutos de 1762 se evidencia el afán de los letrados por la defensa, no sólo de sus intereses y aspiraciones estrictamente profesionales, sino también de su pertenencia al estamento nobiliario, que antiguas y confusas disposiciones de *Partidas* habían concedi-

⁶⁸ Sobre el excesivo número de abogados, José de Covarrubias, en «*Discurso sobre el estado actual de la abogacía en los tribunales de la nación*», Madrid, 1789, p. 31, llegaba a decir: «Tanta ha sido la multiplicación de letrados, que ha producido también la multiplicación de colegios en varias ciudades de la península, en donde no reside tribunal alguno superior. ¡Abuso intolerable!». Se referiría a los colegios de La Coruña, Málaga, Oviedo o Córdoba. Véase también J. Pérez Villamil, *Disertación sobre la libre multitud de abogados*, Madrid, 1782.

⁶⁹ *Nueva Recopilación* 2, 16, 1 y 3, 9, 2, y autos acordados 2, 16, 12-14, edición de 1745. Sobre el examen en el colegio véase ARV, *Real Acuerdo*, libro 65 (1770), ff. 96 y 391-394v. Sobre pasantías, la segunda de las *Leyes de Toro* y A. Risco, «Los trabajos y los días de un pasante letrado en Madrid, hacia 1756», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983-II, 1517-1527.

do a la abogacía y a sus ejercientes, y que las instancias públicas ponían con frecuencia en duda ⁷⁰. Especialmente interesado se estaba en mejorar el trato que recibían de la Audiencia. Por este motivo, una de las primeras decisiones del colegio fue encargarle a Berní la redacción de lo que sería su *Resumen de los Privilegios, Gracias y Prerrogativas de los Abogados Españoles*. En esta obra, compendio de *Idea de un abogado perfecto* de Cabrera y Núñez de Guzmán, Berní desarrolla y explica detalladamente las 52 prerrogativas de que, a su parecer, disfrutaban los abogados españoles. Privilegios a los que no podía renunciar ningún abogado por no ser propiamente suyos, sino de la profesión ⁷¹.

En el primero de estos privilegios se intenta establecer una distinción —interesante pero confusa— entre el abogado colegiado y quien no lo era. Berní y Catalá, citando a Melchor de Cabrera, consideraba que los privilegios de los colegiados se extendían al honor de su persona y de su familia, mientras que los aprobados pero no incorporados se tenían que conformar con los honores generales que los legisladores hubieran concedido a las universidades y a sus graduados. Es posible, que por ser esta obra un encargo del colegio, Berní intentara reforzar el papel de la corporación, así como compeler a los abogados a su colegiación. Tarea en la que, al parecer, no hubo demasiados problemas, al exigirse la incorporación para ejercer en la audiencia y demás tribunales de la capital. Aun así, y muchos años más tarde, en 1818, tenemos la contestación que el colegio remitió por junta de 5 de noviembre al Real Acuerdo, a ins-

⁷⁰ Según *Partidas* 2, 31, 8, "...e después que ayan veinte años tenido Escuelas de las Leyes, deuen auer honrra de Condes... deven ser quitos de pecho; e non son tenidos de yr en hueste, nin en cavagada, nin de tomar oficio, sin su plazer". Además, establecía que «Ca assí como dixeron los Sabios antiguos, la sabiduría de los Derechos es otra manera de Cauallería...» (2, 10, 3), y que «...non deuen meter a tormento... nin a Cauallero, nin a Maestro de las Leyes, o de otro saber...» (7, 30, 2). Véase *Los códigos españoles concordados y anotados*, 12 vols., Madrid, 1847-51, II, pp. 381 y 557, y IV, p. 459. A su vez, las calidades que se exigían de todo aspirante a colegial no son sino una de las consecuencias de la consideración por el colegio de la nobleza de los abogados (estatuto XVII). Y el interrogatorio a que debía someterse todo pretendiente es muestra inequívoca de esta preocupación (estatuto XVIII).

⁷¹ M. Cabrera y Núñez de Guzmán, *Idea de un abogado perfecto*, Madrid, 1683.

tancias de éste, sobre la práctica de firmar algunos colegiales por otros que no lo eran:

De esta suerte se conseguía reparar la pública opinión, generalmente transcendental a todos, y nada favorable para la irregular inteligencia de algunos que no sostienen debidamente su decoro. Estas firmas, que podíamos llamar mercenarias, hacen desmerecer igualmente el decoro de una facultad distinguida, cuya reparación se considera indispensable por medio del más eficaz y riguroso decreto de esta superioridad⁷².

Sencillamente, la diferencia entre abogado colegial y el que no lo era parece que se reduce a que «para el honor del grado y título de aprobación se admite a cualquiera que desempeña los actos»⁷³, mientras que para ser colegial se requería la limpieza de sangre y demás requisitos detallados en el decreto de 14 de diciembre de 1761.

También destaca el privilegio XV, en el que se expone la conveniencia de que el empleo de fiscal, en el reino de Valencia recayese en un valenciano —un colegial— por la necesidad de conocer el Derecho foral y su práctica, por los que se tenían que substanciar tantas causas pendientes todavía. Conveniencia que Berní extendía a todos los abogados valencianos.

En la misma línea, el privilegio XLIV decía que «quatro abogados colegiales son compatronos de la universidad valenciana y examinadores, a más de las quatro examinaturas de plaza». En junta general de 5 de agosto de 1762, el colegio trató de las cuatro examinaturas de Cánones y Leyes que, hasta 1717 —según propias manifestaciones—, regentaban cuatro abogados de plaza o *prácticos*, sin tener cátedra. Estas plazas, según el mismo colegio, eran proveídas por la ciudad como patrona. En 1717, el claustro mayor de la universidad decidió que dos de las referidas examinaturas se agregasen a las dos cátedras temporales de *Instituta* que se habían creado ese año, y que las otras dos se suprimieran cuando fallecieran sus pose-

⁷² AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 5, p. 285v.

⁷³ Al margen, claro, de las prohibiciones impuestas para abogar a menores, mujeres, sordos, locos o desmemoriados, pródigos en poder de curador, condenados por delito de infamia, siervos, excomulgados o religiosos; véase, especialmente, el título 6 del libro 3 de *Partidas*.

edores⁷⁴. Dice Berní que estas dos últimas se aplicaron al Hospital de Pobres Estudiantes, «para que lucrarse el salario y propinas»⁷⁵. Lo cierto es que una de ellas ya había vacado por muerte de José Llosá, mientras que la otra la poseía Cristóbal Monsoriu, decano del Consejo Real. La Junta consideraba que, existiendo colegio de abogados en la ciudad, se debía intentar que dichas examinaturas fuesen de nuevo ocupadas por abogados de plaza.

Hasta el plan de estudios del rector Blasco de 1786, en la universidad de Valencia enseñaban los catedráticos, pero de los grados y de sus exámenes quedaban encargados los examinadores. Aunque se trataba de cargos diferentes, buena parte de las examinaturas se asignaban a los catedráticos. Incluso había algunas cátedras que las tenían anejas. Otras examinaturas, sin embargo, provenían de fuera de la universidad y se encomendaban a personas importantes: dignidades de las órdenes y conventos de Valencia, en Teología y Filosofía, o a los abogados del ayuntamiento, en Derecho. A partir de 1786, «los Examinadores para los grados, tanto de Bachiller, como de Maestro y Doctor, serán únicamente los Catedráticos perpetuos de la facultad de que sea el grado»⁷⁶. La decisión de 1717

⁷⁴ Hasta la recuperación del patronato de la universidad por el municipio, en 1720, y desde la Guerra de Sucesión, no se había reunido el claustro mayor, por lo que la fecha de 1717 debe obedecer a una equivocación de la junta del colegio. Véase P. Marzal Rodríguez, "La organización claustral en la universidad de Valencia", *V Congreso Internacional sobre las Universidades Hispánicas*, Salamanca, 1998, en prensa.

⁷⁵ J. Berní y Catalá, *Resumen de los Privilegios...*, privilegio XLIV, p. 91. Finalmente, Berní decía que "y con efecto, vacó la tercera Examinatura, y se aplicó, y oy aún ay en ser la que posee el Ilmo. Señor Don Chistóval Monsoriu, Conde de la Villanueva, Camarista y Decano del Consejo Real".

⁷⁶ Capítulo XVII del *Plan de estudios aprobado por S. M. y mandado observar en la Universidad de Valencia, Madrid. En la imprenta de la viuda de Ibarra. Año MDCCLXXXVII*. La última parte de este capítulo decía lo siguiente: «Los que actualmente son Examinadores sin ser Catedráticos, podrán continuar en serlo durante su vida, con las mismas preeminencias que gozan: pero en adelante no ha de haber otros sino los Catedráticos que formen el Claustro de la facultad. Solamente podrán ser Examinadores para los grados de Leyes y de Cánones aquellos Abogados de la Ciudad, que fueren de la nueva clase de Opositores: y de éstos ni en el asiento, ni en las presidencias ordinarias de los grados tendrán preeminencia alguna sobre los otros Examinadores».

parece ser una de las consecuencias de la pérdida del patronato de la universidad por parte de la ciudad, tras la decretos de Nueva Planta, que, no obstante, recuperó en 1720⁷⁷.

Los designados como comisarios para tratar este asunto fueron el decano del colegio, Juan Bautista Monseny, y el diputado tercero, José Teodoro Botella. Se les ordenó pasar a conferenciar con el arzobispo y el corregidor, por ser los principales votos en el claustro mayor como órgano de gobierno de la universidad. Y para hablar con los demás señores del claustro se designó a Manuel Albert, Vicente Ruiz, Vicente Ferrer y Jacinto Xavier de Castro. Sobre la misma pretensión, el 9 de mayo de 1764 la Junta acordó remitir al secretario de la ciudad un memorial que el secretario del colegio, Vicente Traver, había formado para la Junta del Patronato de la universidad y claustro mayor. En la misma junta también se acordó que dicho secretario y el diputado segundo, Vicente Ruiz, visitaran a los señores que componían la Junta del Patronato⁷⁸.

Este punto se incluye en la séptima de las *Decadencias* que Berní y Catalá presentó a la Junta del colegio en 1776, como queja ante la falta de integridad y honestidad profesional en que, según él, incurrierían habitualmente los abogados en general y los miembros de la Junta en particular⁷⁹. Lo que quiere decir que, pasados trece años desde la fundación del colegio, todavía no se había logrado nada⁸⁰.

El resto de privilegios del *Resumen*, como he dicho, suele tomar como punto de referencia la obra de Melchor de Cabrera. Muchos de ellos ni siquiera se comentan, sino que tan sólo enumeran los autores que previamente los han tratado. Unos privilegios destacan la categoría de que gozaban los abogados por el hecho de ser tales: el ser personas egregias, el tener consideración de dignidad, de llamarse sacerdotes en lo temporal y, sobre todo, el honor de ser considerados ciudadanos. También disfrutaban de los privilegios de los militares, de usar coche en tiempos en que sólo lo podía hacer la nobleza, de no poder ser preso por deuda civil⁸¹, de poder usar las

⁷⁷ M. Peset y otros, *Bulas, constituciones y documentos de la Universidad de Valencia (1707-1724)*, Valencia, 1977, pp. 17 ss.

⁷⁸ AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 4, p. 73.

⁷⁹ AICAV, caja 1, exp. 13.

⁸⁰ P. Nácher Hernández, *Historia del Ilustre...*, p. 181.

⁸¹ Sobre el encarcelamiento de los abogados, el colegio de Palma de Mallorca reivindica en varias ocasiones el derecho a que tenga lugar en la

armas permitidas a militares y nobles, de estar exentos de ir a la guerra, etc. Otros privilegios se referían a los beneficios de que el abogado gozaba en el desempeño de su profesión: poder trabajar en día de fiesta, poder impedir al vecino obrar en su casa si las obras le restan luz, tener acción para instar el despojo de algún artífice que con el ruido le estorba en sus estudios, o su preferencia en el alquiler de casa cerca de la audiencia.

En cuanto a la exención de ir a la guerra, en las juntas del colegio de 10 y 23 de julio de 1762 se deja constancia de que sus individuos estaban exentos de la quinta, pero no sus hijos, demás familiares, lacayos ni sirvientes. Sin embargo, el real decreto de 12 de junio del mismo año declaraba exentos a los hijos de los abogados que trabajaran como escribientes de sus padres⁸². De nuevo, el 1 de abril de 1773 la Junta suplicaba del monarca la exención en favor de los hijos de los abogados colegiales, y en favor también de un escribiente de cada uno de ellos, ya que la ordenanza que desarrollaba la real orden de quinta no recogía esta expresa exención, y en esta capital «no es posible, por lo común, que los individuos de este colegio puedan estar asistidos de pasantes para el despacho de sus respectivos asuntos»⁸³. En 1818, y ante la real instrucción de 26 de noviembre del año anterior, se solicita de la Junta Provincial de Agravios la exención de los propios abogados colegiales⁸⁴.

A pesar de todas las previsiones de los estatutos del colegio y de las pretensiones de su Junta, la perspectiva del tiempo nos hace ver que la abogacía no dejaba de ser una profesión liberal en las postrimerías del Antiguo Régimen; la profesión liberal por excelencia. Así lo ve Domínguez Ortiz cuando afirma que

cárcel de los nobles, y no en la de los plebeyos como había ocurrido, para lo que llegó a presentar sus quejas ante la Audiencia. A. Verd Noguera, «Notas históricas del Colegio de Abogados. Una noble profesión», *Revista Missèr Tribuna* (editada por el colegio).

⁸² AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 4, pp. 15-16 y 21v-22v. J. Berní y Catalá, *Resumen de los Privilegios...*, privilegio XLI, p. 86.

⁸³ AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 4, pp. 15, 126v y 128.

⁸⁴ Poco más tarde se recibe oficio del capitán general, con decreto del Supremo Consejo de Guerra, en el que se comunicaba que dicho superior tribunal no tenía arbitrio para alterar lo dispuesto por el monarca; AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 5, juntas de 4 y 13 de marzo y 16 de abril de 1818.

...las profesiones liberales no conferían un elevado rango social sino en cuanto encarnaban las supremas magistraturas del Estado, lo hemos visto en el caso de los letrados; la profesión privada de cualquier actividad jurídica estaba absolutamente desprovista de prestigio; la influencia que en el régimen liberal obtendría el abogado era entonces algo que ni remotamente podía sospecharse⁸⁵.

Para este autor, uno de los factores decisivos del encumbramiento de esta profesión fue el favor que los letrados gozaron de los reyes, conscientes éstos del apoyo que podían recibir de los juristas imbuidos del Derecho justiniano, en su lucha con la nobleza. Ciertamente, los altos cargos de la magistratura en audiencias, chancillerías y consejos estuvieron envueltos de prestigio y atribuciones extraordinarias, pero que de ninguna de las maneras alcanzaron a los letrados de a pie. Por otra parte, diversas leyes de finales del XVIII declaraban y reconocían la honestidad y honorabilidad de determinados oficios mecánicos, considerados viles hasta el momento, con el fin expreso de anular las disposiciones que prohibían el desempeño de determinados cargos públicos a aquéllos que los ejercieran o hubieran ejercido, anulando también las disposiciones que les impedían, a ellos y sus familiares, el ingreso en cualquier colegio, gremio o cofradía⁸⁶. Con disposiciones como éstas, la administración de Carlos III, en el propósito de modernizar el país, intentaba atraerse hacia los trabajos manuales y productivos a toda aquella hidalguía que hasta el momento los había considerado como impropios de su categoría, al tiempo que se pretendía reducir la población

⁸⁵ A. Domínguez Ortiz, *La sociedad española en el siglo XVIII*, Madrid, 1955, p. 182.

⁸⁶ Sobre oficios véase real cédula de 18 de marzo de 1783 en Santos Sánchez, *Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados y otras providencias publicadas en el reinado del señor don Carlos III*, 2 vols., Madrid, 1794, II, pp. 164-166, y real cédula de 10 de febrero de 1786 en AICAV, libro 7, junta particular de 11 de marzo de 1826, p. 28v. Sobre gitanos véase pragmática sanción de 19 de septiembre de 1783 en A. J. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 28 vols., Madrid, 1791-1798, XV, pp. 123 ss., y sobre ilegitimidad en la filiación real cédula de 2 de septiembre de 1784 en Santos Sánchez, *Extracto puntual...*, II, pp. 264-265, lo que venía a dejar sin efecto parte del estatuto XVII y el párrafo segundo del XVIII de los estatutos del colegio de Valencia.

dedicada a los oficios de letras y, especialmente, a la abogacía. No obstante, este tipo de cuestiones siguió planteándose en otros colegios de abogados hasta bastantes años después⁸⁷.

La genérica defensa de los privilegios y derechos de los abogados se convierte de hecho, en algunas ocasiones, en una defensa de sus intereses particulares. Es, posiblemente, el caso de la reivindicación por parte del colegio de Valencia ante el Consejo de la mitad de las plazas de la Audiencia en favor de los valencianos. El gran interés que tenían Berní y el Colegio en este tema obedece a que los candidatos a ocupar estas plazas podían ser colegiados. O bien podían ser personas allegadas a ellos. Incluso, el que los componentes de la Real Audiencia fueran en gran parte valencianos, también favorecería la presencia de estos colegiados o allegados en plazas para cuyo nombramiento intervenía la Audiencia, o bien directamente, o bien mediante remisión al Consejo del oportuno informe. Prueba de esto es que el 26 de abril de 1765 se acuerda escribir a la Cámara, pidiéndole que tuviese en consideración a los individuos del Colegio en la provisión de la plaza de la Audiencia que quedaba vacante por el fallecimiento del oidor Gaspar Cebrián. Se alegaba que tal fallecido era nacional y que, además, entre los colegiados se encontraban muchos «proporcionados», señalándose en concreto al, por aquel entonces, alcalde mayor de Valencia Tomás Fernández de Messa. Parecida petición se elevó en 1766. En este caso iba dirigida al secretario de Gracia y Justicia, Manuel de Roda, sobre la plaza de oidor dejada vacante por la promoción de Francisco Locella a regente de la audiencia de Zaragoza⁸⁸. El origen de esta cuestión hay que buscarlo en la transformación de la audiencia de Valencia en chancillería, con los decretos de Nueva Planta de 1707⁸⁹, y, especialmente, en la resolución de Felipe V de 30 de mayo de ese

⁸⁷ En 1817 el colegio de Zaragoza denegó la incorporación de un pretendiente por haber tenido su padre una tienda de aguardiente, lo que se oponía a sus ordenanzas. Tanto el Real Acuerdo como el Supremo Consejo ordenaron posteriormente su ingreso, que se verificó en 1818. L. del Campo Armijo, *El Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (1546-1952)*, Zaragoza, 1952, p. 31.

⁸⁸ AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 4, pp. 83 y 93v.

⁸⁹ M. Peset, «La creación de la Chancillería en Valencia y su reducción a Audiencia en los años de la Nueva Planta», *Estudios de Historia de Valencia*, Valencia, 1978, pp. 309-334.

año, a consulta del Consejo de Aragón, por la que disponía la presencia en la audiencia de Valencia de un regente y del 50% de ministros o jueces castellanos. Puesto que la Nueva Planta significó la abolición del derecho de extranjería, a partir de ahora será posible la admisión de funcionarios foráneos en la administración del reino de Valencia. La primitiva ordenación de la chancillería de Valencia reservaba para los castellanos la mitad de las plazas civiles y criminales, además del puesto de regente. Sin embargo, según Molas, nunca hubo una normativa clara en este sentido, de forma que los dirigentes de cada país —esto es, no sólo de Valencia, sino también de Aragón, Cataluña y Mallorca—, nunca dejaron de reclamar una mayor participación de sus nacionales en su propio gobierno⁹⁰. En nuestro caso, en 1724 por ejemplo, fueron rechazados José Borrull y Cristóbal de Monsoriu y Castellví a una plaza en la Audiencia por sus condiciones de naturales del reino, «cuyas conexiones suelen tener menos buenas consecuencias en los ministros»⁹¹. De esta forma, los más destacados juristas valencianos de la época tuvieron difícil su acceso a la alta magistratura.

En el mismo sentido, ya hemos visto cómo Berní recogía en uno de sus privilegios que el empleo de fiscal de la audiencia de Valencia debía recaer en abogado valenciano. El motivo principal que aducía era obvio: casi todos los expedientes dimanaban de *Furs*. Además, la práctica valenciana era diferente de la castellana. El capitán general de Valencia en estos momentos —y por lo tanto presidente de su real acuerdo—, el conde de Aranda, convenía con la opinión de Berní. De hecho, propuso al secretario de Gracia y Jus-

⁹⁰ P. Molas Ribalta, «Las audiencias borbónicas de la Corona de Aragón. Aportación a su estudio», *Estudis* 5 (1976), 59-124, pp. 74, 78 y 79.

⁹¹ P. Molas Ribalta, «Las audiencias borbónicas...», p. 81 ss. Según este estudio, la conquista del Reino por Felipe V supuso la ocupación inmediata por castellanos de la mitad de las plazas. Además, las siguientes vacantes que se produjeron en jueces valencianos fueron ocupadas por foráneos. A partir de 1726 sólo uno de los cuatro alcaldes del crimen fue valenciano, y por lo general sólo dos o tres de los ocho oidores. Hasta 1808 sólo el 28% de los alcaldes del crimen y el 33% de los oidores habían sido valencianos. La situación de los oidores parece que cambió en favor de los regnícolas desde 1794, cuando contaron, de hecho, con la mitad de las plazas. En cuanto a los fiscales, la situación todavía fue más desfavorable; desde 1715 no se nombró ningún valenciano.

ticia, Roda y Arrieta, la supresión de la práctica borbónica en cuanto a la procedencia de los fiscales, por considerar que

Es mui arduo imponerse bien un forastero para cumplir plenamente con el empleo fiscal en las leyes municipales, y la particular regalía que por fueros no derogados corresponde a la Magestad en este Reyno, cuyo estudio, siendo totalmente diferente de los tribunales de Castilla, retrahe fácilmente a quien no se crió en él, en su escuela y práctica ⁹².

Para la tramitación de este asunto por el colegio de abogados, la Junta había designado como comisarios en 1763 a Francisco Jerónimo de Saboya, Pedro Vicente Traver, Juan Bautista Navarro, Joaquín Solsona y José Berní, a los que se añadió en 1768 Vicente Ferrer ⁹³. El hecho de que se designaran tantos encargados y no sólo dos, como solía suceder en la mayoría de los asuntos, podría indicar una especial atención del Colegio hacia estas plazas. También es cierto que estos personajes, junto con otros, van turnándose en la redacción de memoriales y demás cometidos que implicaban este trabajo. No cabe duda de que Berní y Catalá estuvo especialmente interesado en el tema. Pero por algún motivo no se le convocó a la junta de 17 de julio de 1776, lo que debió influir decididamente en la presentación que hizo al Colegio de sus quejas o *Decadencias*, entre las que se incluía la reivindicación de estas plazas. Se le volvió a convocar a las siguientes juntas, nombrándosele en febrero de 1777 como encargado, junto con Cristóbal Tarazona, de la redacción de un nuevo memorial. Pero, de nuevo, Berní tuvo que sentirse desplazado cuando la Junta eligió el memorial de Tarazona y no el suyo. De cualquier manera, el Colegio no consiguió nada en sus pretensiones. La última vez que se trata este asunto es el 19 de octubre de 1779, cuando el decano hace saber que el secretario de Gracia y Justicia había decidido no dar curso a esta pretensión, a no ser que fuera dirigida directamente por la ciudad, que era, según él, a quien correspondía interponer el recurso. Por ello se decide exponer el caso a sus regidores y también al capitán general. ⁹⁴ En 1810 toda-

⁹² P. Molas Ribalta, «Las audiencias borbónicas...», p. 83.

⁹³ AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 4, juntas de 31 de julio y 14 de enero, pp. 55v y 99v.

⁹⁴ AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 4, pp. 150v, 155-155v y 172-172v.

vía se vuelve a hablar de las plazas nacionales. Pero en esta ocasión sólo se menciona como asunto pendiente a tratar con los consilia-rios en la siguiente junta ⁹⁵.

Ciertamente, Berní estaba muy interesado por estas plazas, ya que su consecución para los valencianos le podría allanar el camino para obtener una de ellas. Sabemos que en varias ocasiones aspiró a cargo público, convirtiéndose ésta en una de sus principales pretensiones. En 1735, y al tiempo que se recibía como abogado, ya lo encontramos opositando a una relatoría civil de la Audiencia ⁹⁶. En 1745 parece ser que lo vuelve a intentar, y en 1750 suplica del rey una plaza de oidor. Tampoco consigue la plaza de abogado de la villa de Oliva, en 1759, ni la de oidor en Valencia, a la que aspira en 1767. Al año siguiente, por orden de 15 de mayo, Carlos III mandó que se consideraran en la Cámara sus servicios, para que se le tuviera en cuenta en la adjudicación de plaza digna de sus méritos ⁹⁷. Al parecer, el Consejo de Castilla también le había prometido ascenso. En 1775 solicita del presidente de este Consejo una plaza en audiencia o chancillería como premio a sus innumerables trabajos ⁹⁸. Sin embargo, y para su gran frustración, en ninguna de las ocasiones consiguió plaza alguna.

* * *

Berní se nos presenta, en definitiva, como el típico jurista práctico de la España del XVIII, lejos de las corrientes humanistas que en estos momentos también triunfaban en nuestro país, especialmente de la mano del también valenciano —y en algún momento amigo suyo— Mayans y Císcar. Incansable trabajador, su extensa obra persigue e insiste en el protagonismo del Derecho real, *Recopilación* y especialmente *Partidas*. Pero en un protagonismo ya no sólo teórico, sino sobre todo en la realidad de los tribunales. Hasta aquí su posicionamiento apenas se diferencia de los del resto de prácticos

⁹⁵ AICAV, *libros de deliberaciones*, libro 5, junta de 21 de septiembre, pp. 128-129.

⁹⁶ ARV, *Real Acuerdo*, libro 30, ff. 35 y 36-36v.

⁹⁷ V. Castañeda, «El Doctor D. José Berní y Catalá...», I (1918), pp. 190-192.

⁹⁸ P. Nácher Hernández, *El Doctor José Berní...*, p. 57.

de su tiempo. Ahora bien, Berní representa al reducido grupo de letrados que lleva estos postulados a sus últimas consecuencias. Aunque sin romper decididamente con el tardío *mos italicus* —que continuaba imperando en el estilo curial español—, ningún letrado había osado redactar hasta estos momentos unas alegaciones jurídicas con una argumentación tan escasamente fundada en el Derecho común y, por contra, tan plagada de referencias a los códigos nacionales. Al menos en el ámbito del Derecho privado. Nadie hasta ahora había eludido al Derecho romano como él lo hacía, si bien —claro está— respaldándose en *Partidas*. Así sería hasta la codificación y la definitiva introducción del Derecho real en la universidad. Al menos en Valencia.

Por otra parte, y sin restarle méritos en la fundación del colegio de abogados de Valencia, Berní representa las pretensiones que en este momento tenían los letrados de las ciudades sede de los más importantes tribunales. La lucha por la exclusividad en el ejercicio de la abogacía y por el mantenimiento de unos privilegios y prerrogativas —ya fuera de lugar—, nos evidencia que el final de una toda una época y los nuevos aires liberales no tardarían en llegar.

Carlos Tormo Camallonga
Universitat de València